

【論 説】

アメリカの株式会社設立前契約に基づく設立企画者の責任

泉 田 栄 一

目 次

- 1 はじめに
- 2 株式会社の設立手続
- 3 設立企画者の責任
- 4 瑕疵ある設立
- 5 模範事業会社法の規制
- 6 Randsの提案
- 7 結び

1 はじめに

1

私は、「フランス法における設立中の会社」⁽¹⁾および「イタリア法における設立中の会社」⁽²⁾に関する論文を執筆してき

た。本稿の目的は、比較法的研究の続きとして、アメリカ法を検討することにある。しかし、アメリカでは、イギリスと同様、設立中の会社 (corporation in formation) に関する議論をしないので、最初に、アメリカの株式会社の設立手続を紹介した後、株式会社の設立前契約に基づく設立企画者の責任を検討することにする。その後、上記問題と類似する問題を含む瑕疵ある設立の問題を検討する。瑕疵ある設立の解決方法は、模範事業会社法により変更されているので、その内容を紹介することにする。最後に、設立前契約に基づく設立企画者の責任に関する *Rands* の提案を紹介し、アメリカの規制の内容をまとめたいと考える。

2 株式会社の設定手続

- (1) アメリカはコモン・ローの国ではあるが、会社法の主たる法源は各州の制定法である。ニューヨーク証券取引所で取引される会社の四〇%以上はデラウェア州法に基づいて設立された会社であるから、五〇州の制定法の中でデラウェア一般会社法 (Delaware General Corporation Law. 以下 D G C L として引用。) は重要である。⁽³⁾ また、かつては税収等の関係から規制緩和競争 (race to the bottom といわれる) が行われたが、⁽⁴⁾ 一九五〇年にアメリカ法曹協会は模範事業会社法を公表し、約三〇州で採用された後その改訂版である改正模範事業会社法 (The Revised Model Business Corporation Act. 以下 R M B C A として引用。) を一九八四年に公表し、二四州で採用されており、その規定の全部が採用されていない州であっても、同法は重要な役割を演じている。⁽⁵⁾ そこで、本稿では設立手続の規制の考察に関しては主にデラウェア州一般会社法と改正模範事業会社法に焦点をあてることにする。
- (2) アメリカの株式会社の設立手続は州によって相違するが、単純である。⁽⁶⁾ 本稿では promoter を設立企画者、⁽⁷⁾

incorporate(s) を発起人と訳すことにする。⁽⁸⁾ わが国では定款署名者を発起人と呼ぶから（会社法二六条一項）、設立企画者は、わが国の擬似発起人（会社法一〇三条二項）に相当する。

株式会社の設立のため普通要求される段階を挙げると次の様になる。⁽⁹⁾

- ① 弁護士⁽¹⁰⁾の援助の下に、設立企画者が準備のため様々な選択をし、プロモーションをして、金融の手配をする。
- ② 望まれるなら、設立前の株式引受け（pre-incorporation subscription）を勧誘する。多くの場合、当該活動は、株式の売付申込みがなされる州の証券取引法の要件および一九三三年連邦証券法（Federal Securities Act）の要件に従う。
- ③ 州務長官（the Secretary of State）またはその他の指定された州の役所に会社の名称の予約の申請をする。
- ④ 登録事務所（registered office）および登録代理人（registered agent）を選択する。
- ⑤ 基本定款（articles of incorporation. RMBCA §2.02）または設立証書（certificate of incorporation. DGCL §102）を起草する。⁽¹¹⁾

⑥ 発起人が基本定款（設立証書）を完成するか、完成を承認する。

⑦ 郡へ必要書類を提出するとともに、基本定款（設立証書）を州務長官に提出する（DGCL §103, RMBCA §2.01）。附属定款は州務長官に対する提出書類ではない。

⑧ 州務長官に登録手数料を支払い、また特許税（franchise tax）を納付する。

⑨ 最初の取締役（initial directors）が基本定款（設立証書）で指名されていない場合には、取締役を選任するための発起人の創立会議（DGCL §108 及び an organization meeting につき RMBCA §2.05(a)(2) 及び an organizational meeting とうう。）を開催する。発起人は、取締役が選出されるまで、会社の業務を処理し、会社の原始附属定款（initial bylaws）の採択（なお RMBCA §2.06(a) 参照）および取締役の選任を含む会社の創設を完成するのに必要かつ適当な

どんなこともすることができ (DGCL §107)。

⑩最初の取締役が基本定款(設立証書)で指定されているときには、第一回取締役会(創立会議)が招集され、役員を選任し、附属定款を採択し、株式を発行し、引受けを受諾し、設立前引受契約を承認し、株券の形式を採択し、本店を開設し、定例取締役会開催場所を定め、受託者に会社基金に対する権限を与え、会社の勘定で小切手を発行する権限を有する者を定め、予定された会社のために設立企画者が締結した契約を採択し、引受けの受諾・株式発行のためのブルー・スカイ・ロー (blue sky law) の下での許可申請の権限を与え、訴訟駐在代理人を任命することにより、会社の設立を完成する (RMBCA §2.05(a)(1))。

最初の取締役の任期は第一回年次株主総会まで (DGCL §108(a), RMBCA §8.03(c)) とされており、第一回年次株主総会は、最初の創立取締役会の直後に開催されるので、それらの議事録を準備し、会社の帳簿と記録類を開設する。

⑪州務長官またはその他の役所から引受けを受諾し、株式を発行するのに必要な許可を得て、一九三三年連邦証券法の遵守を確実にするために必要なあらゆる措置を講ずる。

⑫要求されているなら、最少払込資本金 (minimum paid-in capital)⁽¹³⁾ を支払ひ、事業に従事するためのその他の前提的条件を履行する。

⑬株式を発行する。

⑭将来事業を行う州で事業を行う資格を得る。

(3) 発起人の先任者は一八世紀の特許主義時代の特別法の申請者である。一般会社法時代になり一九五〇年版と一九六〇年版の模範事業会社法は、発起人を三人以上の自然人で、年齢は二歳以上とし、署名の確認 (verification) を要求していた。⁽¹⁴⁾ 発起人は一人でよくなり、年齢制限と確認要件がなくなったのは一九六〇年改正法からである(四七条)。

二通の基本定款 (duplicate originals) の提出の要件は一九八四年改正で放棄され、同年改正で、発起人は人 (person)、即ち自然人と法人 (RMBCA §1.40(16)) に改正されて今日に至っている。⁽¹⁵⁾ 歴史的には、発起人は株式引受人であること⁽¹⁶⁾を要したが、今日ではこのような要件はなくなっている。

(4) 発起人が基本定款 (設立証書) を州務長官に提出すると、提出日に会社は法人となる (DGCL §106, RMBCA §2.03)。発起人の氏名および住所は、基本定款の記載事項であるが (DGCL §102(a)(5))、発起人の権限が基本定款を州務長官に提出するだけの場合には、最初の年次株主総会まで、または後継者が選出され資格を得るまで、取締役として勤める者の氏名および住所が基本定款の記載事項となる (DGCL §102(a)(6))。発起人または取締役が、創立会議を開催しないで、行為を行う旨の文書に署名している場合には、創立会議の開催は不要である (DGCL §108(c), RMBCA §2.05(b))。

従って今日では発起人は、基本定款 (設立証書) に署名し、それを州務長官に提出し、法律が定める範囲で会社の設立を完成させる機能を果たすだけである。⁽¹⁷⁾

このような訳で、会社設立に関する弁護士⁽¹⁸⁾の最善の助言は、①会社が設立されるまで待てと述べることで指摘されている。州務長官に書類を提出してから数日で会社は設立されるから、その後は自由に契約を締結することができるからである。会社が設立するまで待てないときには、契約に、会社が設立された場合、会社が設立企画者に代わり、設立企画者は責任を免れる旨の条項を挿入すべきであると指摘されている。⁽¹⁹⁾ アメリカで支配的な法と経済学的アプローチ理論は、会社を契約の束と考えるから、設立企画者の責任も、契約如何によっては異なる結果になることは、後述する通りである。

(5) 「設立企画者」は会社のため資金を調達する必要がある。そこで、まだ設立されていない会社の株式をどのく

らしい値段でいくら引き受けるかという契約を株式引受人と締結することになる。このような株式引受けを「設立前引受け」という。複数の引受人によつて同時に締結された設立前引受けは引受人間の拘束的契約と考えることができる⁽²⁰⁾が、コモン・ローでは株式引受けの撤回の不確実性が存在した⁽²¹⁾。この不確実性は、設立前引受けを、引受人間の契約というよりも、各引受人によつてまだ設立されていない会社に対してなされる独立した申込と考えられたことに由来した。そこで、各州の会社法は、設立前引受けは一定の期間撤回できないと定めることによつて問題を解決している (DGCL §165, RMBCA §6.20(a))。

また、改正模範事業会社法は、「引受契約が指定していない場合には、取締役会は設立前に締結された株式引受けの支払条件を決定することができる」(第六・二〇条(b)一文)とし、「引受人が設立前に締結された引受契約上の金銭または財産の支払を履行しない場合には、会社は支払額を他の債務として徴収することができる。または引受契約が別段の定めをしていない場合には、会社が引受人に書面による支払請求を出した後、債務が二〇日を超えて支払われな場合には、契約を撤回し、株式を売却できる」(第六・二〇条(d))と定めている。「設立後の締結された引受契約は引受人と会社との間の契約である」(第六・二〇条(e))。従つて、アメリカでは「設立前引受け」と「設立後引受け」の二つが存在している。

3 設立企画者の責任

(1) 設立企画者

設立企画者は、法主体として存在していない会社に代わり会社設立前の準備行為をする者である。⁽²²⁾ 設立企画者は不正な活動に従事するいやしむべき人物と考えられた場合もあるが、設立企画者は、普通まさしく、会社を設立しようとする望む事業の所有者で、しばしばただ一人であるが、必要なときには二人や三人である。後者の場合には、会社の設立前契約 (pre-incorporation contract と呼ばれる)⁽²³⁾ を締結する。大抵、設立企画者は、会社がスタートすると、一人株主又は多数派株主として事業を経営しようとする。⁽²⁴⁾

(2) 五つの可能性

William J. Rands によると、設立企画者の設立前契約について、法は五つの可能な結果を示している。⁽²⁵⁾ 即ち、第一…会社が設立され、かつ当該契約を採択した (adopt) 場合にのみ、会社は拘束される。⁽²⁶⁾ 採択はしばしば非公式であつてもよい。会社は、しばしば、契約の利益を受け入れることにより、契約を採択する。⁽²⁷⁾ 会社が採択すると、会社は契約の当事者となり、それに基づいて訴訟を起こすことができる。⁽²⁸⁾

第二…設立企画者は最初から設立前契約により拘束され、会社の設立後、会社が契約を採択しても、拘束され続ける。

会社が設立され、契約を採択する場合、⁽²⁹⁾裁判所の多くは、設立企画者と会社の双方が拘束されるという判決を下す。⁽³⁰⁾

第三…誰も拘束されない。第三当事者は、設立企画者が責任を負うことを期待していないから、設立企画者は拘束されない。会社は設立されなかったか、設立されたけれども契約を採択しなかったから、会社は拘束されない。

第四…設立企画者は会社の名前で契約をし、第三当事者は、会社がまだ設立されていないことを知らなかった場合には、設立企画者は個人的に拘束される。このタイプの事件は、設立企画者が重大な不実表示 (misrepresentation) をしていることから深い分析を必要としない。⁽³¹⁾

第五…設立企画者は初め拘束されるが、会社が設立され、会社が契約の債務者として設立企画者にとって代わるときには、結局責任から免除される。これは、第三当事者の同意を要求する更改 (novation) である。これは、普通の結果ではない。

(3) 会社の責任が肯定されるケース

アメリカでは会社が一旦設立されると、最初の創立会議で、設立企画者が締結した契約の見直しをし、採択するか、追認するか、拒否するかを決定する。採択または追認が行われると、会社は拘束される。明確な拒否を行わなかった場合には、暗黙の採択・追認が行われたとみなされる場合がある。以下の事例はその例である。

(a) *Kridelbaugh v. Aldrich Theatres Company*, 191N. W. 803 (1923)

(事実)

弁護士である原告は、三人の設立企画者とアイオア州で劇場会社を設立する仕事を引き受ける契約をし、報酬の支

払いを受けた。その後も、どの州に会社を設立すべきか調査する仕事を依頼され、一九二〇年三月一〇日にデラウェア州で会社が設立された。上記設立企画者は取締役になった。報酬が支払われないので、原告は会社を相手に報酬の支払いを求める訴訟を起こしたが、会社は、設立企画者が個人的に支払責任を負うと主張した。原審は原告の請求を認めたので、被告が控訴した。控訴裁判所は控訴を棄却した。

(判旨)

「本件の事実の下では、原告が実行したサービスを・・・会社の取締役は完全に知っていたと心にとめなければならぬ。・・・本件では裁判所は暗黙の契約のルール (the rule of implied contract) を適用した。我々はもつと遠くに行き、明確な追認 (express ratification) または採択 (adoption) のルールを適用する。」

(b) *McArthur v. Times Printing Co.* 51 N. W. 216 (Minn, 1892)

(事実)

一八八九年九月一二日に原告は、設立予定の新聞社の設立企画者ニモックと一年の広告勧誘員としての仕事の契約を締結した。会社が成立したのは一〇月一六日であった。会社の取締役会は、ニモックにより会社のために締結された契約に関し公式的行為をとらなかったが、会社の株主、取締役および役員全員は会社の創立の時当該契約を知っていたか、後からすぐに知らされ、その誰も当該契約に反対しなかった。ところが、一八九〇年四月になって会社は、雇用の取決めは週単位であるという理由で解雇したので、原告は契約違反を理由に会社を訴えた。原審は原告の請求を認めたので、新聞社は控訴したが、控訴棄却に終わった。

(判旨)

「先例の重さと同様に、我々が健全な理由と考えるところに従って、裁判所は、会社はその創立前に設立企画者によつ

て会社のために行われた約束により拘束されない一方、その創立後は、当該約束を会社自身の契約にすることはできると判示した。このような採択または受諾 (acceptance) は明示的であることを要せず、会社または会社に授權された代理人の側の行為または黙認によつて推論されることができ。」

(4) 設立企画者の責任が肯定されるケース

設立前契約の問題をリードするのは代理の一般原則である。代理法のルールでは、本人はまだ存在していないので、会社が存在する前に設立企画者が締結した取引により会社を拘束する権限を設立企画者は有していない。従つて設立企画者は、個人的責任を負わなければならない⁽³²⁾。裁判所は、次に契約を検討し、会社が設立され、会社が契約を採択しても、設立企画者を自動的に免除する明瞭な証拠がないか確かめる。最後に、裁判所は、相手方の契約行為に設立企画者を責任から免除する明瞭な意図を証明するものがないとするのが普通である。

(a) *RKO-Stanley Warner Theaters Inc. v. Graziano*, 467 Pa. 220, 355A. 2d 830 (1976) は、会社が設立されると設立企画者の責任はなくなると契約で明確に定められていても、その責任が肯定された有名な判例である。

(事実)

ジェノフスキーらはケント事業会社の企業企画者である。一九七〇年四月三〇日に *RKO-Stanley Warner Theaters Inc.* (以下 *RKO社* と呼ぶ) は、劇場の売却契約をジェノフスキーらと締結した。支払日を延期したが支払いが行われないので、同年一月二三日に *RKO社* は衡平法の強制執行を求め訴訟を起こした。裁判所は、ジェノフスキーらは個人的に責任を負うとの仮命令を下した。ところが決済日の二日前である一九七一年一〇月九日に、ジェノフスキー

らは、ケント事業会社の基本定款を州会社局 (the State Corporation Bureau) に提出し、当該売却契約書の第一九節には、「設立がクロージングにより完了とするという条件で、本契約に含まれたすべての合意、約定および保証は、売主と設立される会社との間でなされたものと解するものとする」とする条項があるので、契約の債務不履行に基づく個人的責任は免除されると主張して、控訴した。控訴棄却。

(判旨)

「設立企画者が締結した契約は、提案された会社のために且つその名前で行われても、会社によるその後の採択がなければ、会社を拘束しないということとはよく確立したルールである。ジェノフスキーが主張するように、意図がクロージングの前に単なる設立により個人的責任を免除することであつたなら、契約の効果は、RKOは、不履行の場合に、どの当事者も責任がないと考えることの可能性を創造するであろう。結果として設立される会社は契約を承認する保証がないということになる。契約には当事者の意図がそうであるということを示す明示の言語がないから」「我々は、本件契約を締結した際の当事者の意図は、意図された会社が設立され、契約を追認するまで、ジェノフスキーとグラツィアーノを個人的に責任を負わせることであつたと考える。」「我々は、O' Rourke v. Geary⁽³³⁾に述べられた参考判例によりこの結論を補強する。」

(b) *Goodman v. Darden, Doman & Stafford Associates*, 670P. 2d648 (Wa. 1983) は、会社が成立しても設立企画者は免責されなかった判例である。

(事実)

一九七九年八月に、不動産販売業者グッドマンは「設立中の会社 (Building Design and Development Inc. (in Formation)) 社長」としてダーデン・パートナーシップ (以下DDSという。) にアパートを売る契約をした。アパートは大幅な

修繕を必要とし、グッドマンは個人的に修繕の経験があると述べていた。交渉中グッドマンは、有限責任を享受するため、会社を設立中であることをDDSに知らせている。作業は一〇月一五日までに終わらず、その質も粗末であった。十一月一日に基本定款が提出され、翌日法人となったが、一九八〇年一月まで最初の取締役会は開催されなかった。DDSは、一九七九年八月から二月にかけて五回の支払いをした。グッドマンは、グッドマン宛てに振り出された最初の小切手のグッドマンの名前を抹消して、小切手を「Bldg. Design & Dev. Inc., ジョン・A・グッドマン社長」に裏書きし、以後ただ会社にのみ支払をするようにDDSに指示した。一九八〇年五月DDSは、契約違反を理由に仲裁の請求をした。申立はグッドマンと会社の双方を挙げていた。原審は、仲裁手続からグッドマンを却下する命令を下したので、DDS控訴。控訴裁判所は原判決を破棄。グッドマン上訴。ワシントン最高裁判所は控訴判決を認容し、事件を差し戻した。

（判旨）

「一般ルールに対する例外は、当事者が、会社は契約時に存在していないことを知っていたが、履行のために会社のみをあてにすることに同意したなら、設立企画者は契約の当事者でないということである。」「当事者がグッドマンを契約から免除することに同意したと考えるときに、裁判所は三つの理由に頼っていたことは、明瞭である。(1) DDSは、会社の不存在を知っていたこと。(2) グッドマンが相手方に無限責任を制限するため会社を設立中であることを告げたこと、そして(3) 分割払いが会社に対し行われたことである。しかしいずれの理由も設立企画者の責任を免除しない。(1)は、DDSがグッドマンを契約の当事者にしようとしたことを示すし、(2)は、DDSがグッドマンの責任制限を肯定したことを意味しない。(3)はグッドマンの指示によって行われたものであり、DDSが会社とのみ契約しようとしたということ合理的確実性をもって証明するものではない。⁽³⁴⁾

(5) 誰も責任を負わないケース

契約法の領域では、当事者の意図が支配するので、難問となる。相手方が明白にただ設立される会社に責任を負わせるつもりである場合には、設立企画者の責任は否定される。しかし、設立前は設立企画者は会社を拘束することができないので、設立企画者がそのような場合に会社を設立しないか、設立しても、会社が契約を承認しない場合には、どの当事者も拘束されないことになる。この場合裁判所は、設立企画者および第三当事者は確かに法的に有効な結果を意図したとの理由でこのような構成を回避する方を選ぶように思われるが、当事者が設立企画者から責任を取り除く意図を明示するときには、このような結果が生じる。

(a) *Quaker Hill v. Parr*, 148 Colo. 45: 364 P. 2d 1056 (1961)

(事実)

原告のクエーカー・ヒル社はニューヨークの苗木業者である。発芽シーズンはすばやく過ぎるので、取引はすぐに完成されなければならないと主張され、設立企画者E・D・パーは一九五八年五月一四日に、デンバー・メモリアル・ナーサリー株式会社名で苗木の購入契約を締結した。苗木はすぐ船積みされ、五月二六日に到着したが、苗木は全部枯れてしまった。会社名の混同から、別の会社が設立され、上記会社は設立されなかった。原告は、パーに支払いを求めた。原審は請求を棄却した。コロラド州最高裁判所も原告の控訴を認めなかった。

(判旨)

「原告がここで適用されると主張する一般原則は、設立企画者は、設立される会社のためになされても、契約に個人

的に責任を負うことである。」「しかし、この一般的ルールに対するよく認められた例外は、契約が会社のためになされ、相手方が支払いのため会社をあてにし、設立企画者をあてにしない場合には、設立企画者は個人的責任を負わないということである。」

(b) *Sherwood & Roberts-Oregon, Inc. v. Alexander*, 269 Or. 389, 525 P. 2d 135 (1974).

(事実)

被告アレクサンダーは不動産開発業者である。原告は金銭貸付・貸付保証会社である。被告は、原告から融資を受けることにした。しかし貸付の前提として原告は、被告に「善意の保証金」を要求し、また、利息一二％は個人には高利であるので、高利貸法を回避するため、貸付を会社に対してするよう要望した。そこで「鉄山投資会社 by デービッド・アレクサンダー」という署名のある手形を交付したが、その後争いが生じた。原告は、「会社コミিশョナー (Corporation Commissioner) が発行した設立証書なしに会社のように行為することを引き受けた者はすべて、その結果として負った又は生じた全債務及び責任に対し連帯責任を負う」という規定に基づいて、アレクサンダーに支払いを求める訴訟を起こした。原審は、被告の個人責任を否定したが、両当事者が控訴した。オレゴン最高裁判所は、被告の責任を否定した。

(判旨)

「全当事者が、法人格はないことを知っていた。」「制定法は、事実上の会社のコモン・ロー原則を廃止しようとしたが、設立前契約を規制するコモン・ロー・ルールに適用しようとしなかったから、そしてその用語により、設立前契約に対する設立企画者の責任に明確に適用しなかったので、我々は、制定法は適用できず、設立前契約に対する設立企画者の責任を規制するコモン・ロー・ルールが適用されると考える。」「原告は手形の支払いのためにただ設立され

るであろう会社のみを期待した証拠があったと我々は判定した。」

(c) *Stewart Realty Co., Inc. v. Keller*, 193N. E. 2d 179 (Ohio Ct. App. 1962)

原告はまだ成立していないオハイオの会社エーボン・ブランド社と不動産の売買契約をした。契約の署名は「エーボン・ブランド社」社長ケラルド・D・ケラー」となっていた。原告はエーボン・ブランド社がいまだ存在していないことを知っており、ケラーは明白に契約を個人で実行することを断っていた。原告は、ケラーは契約に基づいて個人的責任を負うとの訴訟を起こした。一般評決は被告を支持したので、原告は再審を申立てた。裁判所は再審を認め、公平な公判でなかったとしたので、被告控訴。控訴裁判所は、裁判所の自由裁量の濫用である、と判示した。

4 瑕疵ある設立

設立前契約の問題に類似した問題として瑕疵ある設立 (defective incorporation) がある。瑕疵ある設立の場合には、契約の当事者双方が、設立手続に瑕疵があるということに気づかず、会社が設立されていないのに、設立されていると信じていた点で設立前契約と相違している。この場合株主たる設立企画者は、責任を逃れようとして事実上の会社 (de facto corporation)⁽³⁵⁾ とか禁反言の会社 (corporation by estoppel)⁽³⁶⁾ の法理を主張することになる。二つの事例を紹介する。

(a) *Cantor v. Sunshine Greenery, Inc.*, N. J. Super. 411, 398 A. 2d 571 (1979)
(事実)

一九七四年二月三日、ブルネットは設立企画者としてサンシャイン・グリーンナリー会社の基本定款に署名し、当

日、ニュージャージー州務長官に向けて郵送したが、何らかの理由でその提出が遅れ、基本定款が公式に提出されたのは、下記リリースの実行日の二日後に当たる二月一八日であった。その間ブルネットは同社の社長として原告と二月一六日にリース契約を締結した。しかし、ブルネットは手付金を支払うための小切手を有していなかったことから、預金払戻票に署名するよう求められた。しかし実行日に同社の口座が銀行になかったので、原告は、契約の不履行を理由に、ブルネットの個人責任を追及する訴えを起こした。原審は請求を認容したので、ブルネットは控訴した。控訴裁判所は原審判決を破棄した。

(判旨)

「基本定款を実施する行為、基本定款を提出する誠実な (bona fide) 努力、会社の名前で原告との取引は完全に事実上の会社の存在の必要な証明を満たしている。提出の際に行政的遅滞によって起きた単なる技術によりこのような存在を否定することは、事実上の概念の目的に反し、彼ら自身の契約の期待に反し原告に有利な不当かつ不公正な結果を果たす。」

(b) *Crumson v. International Business Machines Corp.*, 234Md. 477, 200A. 2d33 (1964)
(事実)

克蘭ソンは一九六一年五月一日以前に不動産サービス・ビュロー (以下ビュロー社と呼ぶ) の基本定款に署名したが、何らかの理由で提出が遅れ、公式には提出されたのは一九六一年一月二四日であった。五月一七日から一月八日までの間にビュロー社は、IBMから八台のタイプライターを購入した。その支払いが一部なされたが、残金の支払いがないのでIBMは克蘭ソンに対し訴訟を起こした。モンゴメリー郡巡回裁判所は略式裁判をしたので、克蘭ソン控訴。メリーランド控訴裁判所は判決を破棄した。

(判旨)

「伝統的に、二つの原則が、有限責任の法人の属性を有する設立に瑕疵がある団体の役員を表現するために、裁判所によって使用されている。第一は、事実上の会社の原則としばしば呼ばれ、(1)法人を許可する法の存在、(2)既存の法の下で善意で設立する努力および(3)法人の権限の実際の行使者又は行使を示す要素があるケースに適用された。」「第二は、法人の存在を否定することの禁反言の原則で、一般に、役員に個人的責任を負わせようとする者が、法人としての存在を認め、実際認めるように団体と契約をしたか又は取引をした場合に使用される。」「幾つかのケースは事実上の会社の原則と禁反言による会社の原則を同化しようとしているが、各々異なった理論である。」「我々は、IBMが会社のようにビュロー社と取引をし、克蘭ソンよりビュロー社の信用をあてにしたから、タイプライターが購入された時ビュロー社は法人でなかったと主張することは禁止されと考える。」「IBMは、ビュロー社が法人として存在していることを否定することを禁止されるから、我々は、克蘭ソンがタイプライターのための差引不足額に責任はないと考える。」

5 模範事業会社法の規制

(1) ミシガン州とカンサス州は、かつては発起人の設立前契約に関する規定を定めていたが、廃止されている。⁽³⁷⁾一九六九年版の模範事業会社法は、発起人の設立前契約に時々適用された二つの規定を定めていた。

第五六条「設立証書の発行により会社の存在は始まり、当該設立証書は、発起人により履行されることが要求されているあらゆる前提条件が満たされ、また、設立証書の取消若しは撤回手続又は会社の自発的でない解散のための手

続において、当該州に対するような場合を除き、会社が本法の下で設立されたことの決定的証拠である」

第一四六条「行為する権限なしに会社として行為することを引き受ける者はすべて、その結果として負担したまたは生じる一切の債務および負債に対して、連帯して責任を負うものとする」

事実上の会社の要件に対する不明瞭性に対する批判があつたことから、一四六条の公式コメントは、同条が事実上の会社理論の適用を禁止することを予定していると述べている。⁽³⁹⁾

(2) この期の模範事業会社法にならつた若干の判例を挙げれば、次の通りである。

(a) *Robertson v. Levy*, 197 A. 2d 443 (D. C. App. 1963)

(事実)

ロバートソンはレヴィと、レヴィがロバートソンの事業を購入する会社を設立するという契約を一九六一年一月二二日に締結した。レヴィは同年一月二七日に基本定款を会社登録官に提出したが、設立証書はその時発行されなかった。契約に従つてリースの譲渡が一月二三日に行われた。一九六二年一月二日に基本定款は会社登録官によつて拒否されたが、同日レヴィは会社の名前で事業の経営を始めた。ロバートソンは一月八日に資産を渡し、「P会社」社長オイゲン・レヴィ」と署名された分割払いを定めた覚書を受け取つた。設立証書は一月一七日に発行され、一度支払いがなされた後、同年六月になつてP社は事業を止めた。ロバートソンは残金の支払い等を求めてレヴィに対し訴訟を起こした。原審は、ロバートソンは会社の存在を否定することを禁止されると判示したので、ロバートソンは控訴した。裁判所は原判決を破棄した。

(判旨)

問題を考察した当局は、コロンビア特別区事業会社法二九一九二一条c(イリノイ会社法一五七・四九条及び六九

年版模範事業会社法五六条と類似する。)と二九一九五〇条(イリノイ会社法一五七・一五〇条及び六九年版模範事業会社法一三九条と類似する。)は、事実上の会社と禁反言による会社を解消するために定められたと全員一致で考えている。第三者が会社と取引していると考えたか又は会社と取引しようとしていることは重要でない。一月一七日にP社は会社になった。その日の前には、レヴィは権限なしに会社として行為することを引き受けたから個人的責任を負う。設立証書が発行された後、手形で一回の支払いを受け取っているから、会社の存在を否定することは禁止される。無権限で行為をしたことから二九一九五〇条に基づく債務に対する制定法上の責任を負う個人は、後に、会社が二九一九二一条cに従うことによって存在する場合にも、当該責任から免除されない。」

(b) *Timberline Equipment Company, Inc., v. Davenport*, 267 Or. 64, 514 P. 2d 1109 (1973)
(事実)

一九七〇年一月二二日ベンネットは、Aero-Fabb Corp. の基本定款に署名したが、制定法と合致しなかったため、設立証書は発行されなかった。新定款が提出され、設立証書が発行されたのは一九七〇年六月二二日である。その間に本件設備リース契約が締結された。原告は当該契約のためベンネットほか二名を相手に訴訟を起こしたが、ベンネットは、抗弁として、契約者は、ベンネットがその定款署名者、取締役及び株主であり、事実上の会社 (Aero-Fabb Corp.) であること、および原告は設備をレンタルした組織の会社の特徴を否定することは禁反言で禁止されると主張した。原審は原告の請求を認容したので、ベンネットのみが控訴。控訴棄却。

(判旨)

「一九五三年以前にはオレゴン州は、事実上の会社の地位を成就した不完全に組織された会社の適法性に対する副次的攻撃を禁止するコモン・ロー原則を採用していた。一九五三年に立法者はオレゴン事業会社法を採択した。模範事

業会社法がオレゴン法のための実用的モデルとして使用された。」「我々はもはや事実上の会社の原則がオレゴンにはないと考えている。」「禁反言による会社の原則は本件のような事件で適用されるか決定する必要はない。原審は、当該原則がまだ事業会社法の下で有効であるとするなら、被告はその適用のために必要な要素を全部は立証しておらず、その上、当該原則を適用することは不公正であると考えていた。」。模範事業会社法とオレゴン事業会社法は問題を次のように解決している。「会社コミッションナーが発行する設立証書の権限なしに会社のように行爲することを引き受ける者は全部、その結果として負う又は生ずる全債務及び責任に連帯責任を負う。我々は、「会社のように行爲することを引き受ける者」の範疇は、投資家のようにただ組織と関係する人を含まないと結論する。我々は「会社のように行爲することを引き受ける者」は、組織に投資し、積極的に組織の政策及び作業上の決定に参加する者を含むと解釈すべきであるという意見である。⁽⁴⁰⁾ 責任は、必ずしも個人的に債務を負った人に制限される必要はない。

(c) *Thompson & Green Machinery Co. v. Music City Lumber Co.*, 683 S. W. 2d 340 (Tenn. Ct. App. 1984)
(事実)

二社ともテネシー州の会社である。一九八二年一月二七日に原告会社は積込機を Music City Lumber Co. (以下 Lumber 社とこう。)と Music City Sawmill Co. (以下 Sawmill 社とこう。)の社長であるウォーカーに売却した。しかし Sawmill 社が設立されたのはその翌日であった。ウォーカーは Sawmill 社のために約束手形に署名していた。一九八三年五月五日に原告は残額の支払いを求めて Lumber 社および Sawmill 社を相手に訴訟を起こしたが、Sawmill 社が八二年一月二七日に法人でなかったことを知って、被告にウォーカーを含める申立変更を八月五日にした。ウォーカーは、原告は Sawmill 社と取引したのであるから、法人の存在を否定するのは禁止されると主張した。原審はウォーカーの主張を認めたので、原告控訴。控訴審は破棄差戻判決をした。

(判旨)

「一九六八年にテネシー州議会は、テネシー一般会社法 (Tennessee General Corporations Act) を制定した。我々の調査では、一九六八年法の可決以来、事実上の会社か禁反言による会社によるテネシー州の判決はないということを示している。」テネシー州法典四八——二〇四条および四八——一四〇五条とほとんど同じオレゴン州制定法を解釈するとき、*Timberline Equipment Company, Inc. v. Davenport*, 267 Ore. 64, 514 P. 2d 1109 (1973) において、規定は実質的に模範事業会社法五六条と同一であると述べた。・・・「我々は、一九六八年のテネシー一般会社法の可決によりテネシー州議会はテネシーで事実上の会社の概念を廃止したと考える。」「我々は、我々と類似の制定法の下で禁反言による会社を考察したただ一つの管轄を発見した。*Robertson v. Levy*, 197 A. 2d 443」(「本件では」)、コロンビア地方控訴裁判所は、テネシー州法典四八——二〇三条と実質的に同じ二九一九二一条cに従って、設立証書発行前には、法律上の会社も、事実上の会社も、禁反言による会社もないと判示した。「テネシー州法典四八——一四〇五条は、「権限なしに会社のように行為することを引き受ける者すべては、その結果として負うか又は生じる全債務及び責任に対し連帯して責任を負わなければならない」と命じている。テネシー法典四八——一四〇五条を制定するとき、州議会は、無権限で会社のように行為することを引き受ける者に制定法上の責任を課すことを適当と考えた。・・・四八——一四〇五条には例外が含まれていない。・・・我々は一九六八年テネシー一般会社法の制定により禁反言原則は終止されたという意見である。」

(3) 六九年法五六条に対応する改正模範事業会社法の規定は二・〇三条であり、同条a項は、「延期した効力発生日が記載されない場合には、会社の存在は、基本定款が提出されるときに始まる」とし、b項は「基本定款の州務長官の綴じ込み (filing) は、州による設立の取消若しくは撤回手続又は会社の自発的でない解散の場合を除き、発起人が

設立のあらゆる前提条件を満たしたことの決定的証拠である」と規定している。一九八四年改正により、会社の存在が始まるのは、「設立証書の発行」時ではなくて、「基本定款の提出」時に改められている。⁽⁴¹⁾

一四六条に代わって改正模範事業会社法二・〇四条は、「本法の下での設立でないことを知って、会社としてまたは会社のために行為すると称する者はすべて、そのように行為する間に生じた全責任に対して連帯して責任を負う」と規定している。このように改正された理由は、一四六条が、会社が未設立であるということを知っていたか否かを問わない厳格責任であったため過酷な結果をもたらしたため、このような規定がある州においてさえ、裁判所の判例が、「設立前取引に対し不確かな保護を提供する事実上の会社、法律上の会社および禁反言による会社のコモン・ロー上の概念に頼り続けている」ことから、「模範事業会社法の前の版で表された基礎政策を再吟味」し、厳格責任を修正し、会社が未設立であることを知ってという要件を加えることによって「僅かにもっと柔軟な (flexible or relaxed) 基準」を採択したことである。⁽⁴²⁾

6 Rands の提案

以上がアメリカの実定法であるが、Rands によると、設立企画者の設立前契約法は混乱しており、事件はしばしば矛盾している。模範事業会社法の編集者は、問題が混乱していることを認めたが、問題を説明しなかった。注釈者も混乱を批判したが、影響がなかった。そこで、これらを解消すべく、Rands は、次のような提案を行っている。

A 会社が存在していないのに、会社があると設立企画者が故意に不実表示した場合には、責任を負わなければならない。故意でないときには、瑕疵ある設立に関するルールが事件を解決するために利用されるべきである。

B 設立企画者の設立前契約は私的な申し合わせであるから、当事者の希望が絶対的に明らかでない場合には、その意思を認め、希望に従うべきである。裁判官は当事者の意図を確かめようとするが、無駄である。当事者の意図が絶対的に明らかでない場合には、くまなく捜査を避けて、単刀直入に以下のルールに進むべきである。

C 設立企画者が設立される会社のために署名し、契約の相手方はそのことを知っており、会社が設立されない場合には、設立企画者は個人的に責任を負うか、契約がないので、責任を負わないということが考えられる。この場合、有限責任という政策と設立前契約は商事契約 (commercial contracts) であり、商事契約は拘束的であるべきであるという政策の二つの競合的政策が問題となる。設立企画者は、無限責任を逃れようとすれば、会社が成立するまで署名を断ればよいから、署名された商事契約の執行が有限責任に優位すべきである。理論的には、設立企画者は、会社を設立させ、契約を採択する暗黙の義務 (an implied duty) を負っているということができる。両当事者が会社の不存を知っていて、債務者として会社と契約をした訳であるから、会社の名前で署名されたか否かは、区別する理由にならない。両方の場合に、設立企画者は個人的に責任を負うべきである。

D 設立企画者が設立される会社のために署名し、契約の相手方はそのことを知っており、会社が設立されたが、会社が設立企画者の設立前契約を採択しない場合には、会社の責任と設立企画者の責任に分けて、考えなければならぬ。

1 会社が設立されると、設立企画者は一人株主または多数株主になる場合がある。この場合には、会社は契約に拘束されるべきである。これに対し、設立企画者が株主にならないか、なっても、少数株主である場合には、代理人は不存在の本人を拘束できないという昔からの教義は陳腐ではない。他の当事者は、設立企画者の権限のない活動から保護される必要がある。設立企画者が多数派株主となる他人の代理人として行動し、代理目的の範囲内で行為してい

た場合には、会社は契約によって拘束されるべきであるが、設立企画者が他人の代理人でなく、あるいは授權の範囲を超えて行為した場合には、多数派株主は、契約に同意しない。そこで、設立後明白に採択しなかった場合には、会社は契約によって拘束されるべきでない。

2 会社は契約によって拘束されないときには、設立企画者は個人的に責任を負うべきである。

E 設立企画者が設立される会社のために署名し、契約の相手方はそのことを知っており、会社が設立されたが、会社が設立企画者の設立前契約を採択した場合には、設立企画者は個人的責任から免除されるべきである。そのような結果は当事者の意思に最も適合しそうである。契約が設立企画者による人的保証を含まず、契約の当事者として会社を示しているなら、第三者は会社に期待するようと思われる。このような結果は二つの重要な公序 (public policies) により支持される。第一に、商事契約は拘束的であるということ、第二に、アメリカ事業法の根本的な原則である有限責任である。

第三者が設立前契約に署名せず、設立企画者と個人的に契約をし、あらかじめ会社との交代に同意していなかった場合には、更改に関する契約法のルールによって扱われるべきである。

7 結び

アメリカ法には、団体法に関する議論がないので、設立も、代理と契約の法理で処理されていることが明らかになったと考える。契約法理については、特に論評すべきものはないので、代理の面に限定して述べることにする。設立企画者は自ら会社を設立しようとする者である。代理の規定により、本人に相当する会社がないのであるから、設立

前の契約はすべて設立企画者の責任となる。従ってアメリカでは設立企画者の権限を議論する意味がないことになる。基本定款の州務長官への提出により会社は法人となるので、会社の設立と法人格の発生は、フランス法と異なり同時である。⁽⁴³⁾ 従って設立中の会社の概念を論じる意味もないことになる。大陸法では、法人格成立前に、会社の組織内容がすべて確定し、履行され、しかる後に法人格が与えられる。⁽⁴⁴⁾ これに対し、アメリカ法では、会社が成立していても、組織は確定していない。組織が確定するのは、法人格取得後の、発起人または最初の取締役により開催される創立会議後においてである。創立会議において、設立企画者が会社のために締結した契約を採択するか否かが審議される。採択されれば、会社は拘束されるが、否決されれば会社は拘束されない。即ち、設立企画者の濫用を契約の相手方のリスクにおいて阻止し、会社を保護している。契約を採択すると、反対の約款がなければ、設立企画者と会社が連帯債務者となって履行の責任を負うこととなる。Rands は、会社が法人になった後は、会社のみが責任を負うとすればよいのであって、設立企画者と会社の両者が責任を負うのは、契約の相手方のもつけの幸い (windfall) と批判する。しかし、設立企画者には様々な者がいるので、支払不能のような会社を設立しながら責任の回避を試みる設立企画者がいることを見るとき、設立企画者を保証人たる地位にとどめることは合理的であると評価できると考える。

なお、「イギリス会社法における設立企画者の株式会社設立前契約の責任」を明治大学法科大学院論集第九号に発表しているので、併読していただければ幸いである。

注

- (1) 拙稿「フランス法における設立中の会社」法律論叢第八二巻第四・五合併号一頁。
- (2) 拙稿「イタリア法における設立中の会社」法科大学院論集第七号二四九頁。
- (3) アーサー・R・ピント／ダグラス・M・プランソン著（米田保晴訳）『アメリカ会社法』一五頁、カーティス・J・ミルハウプト編『米国会社法』九頁以下、ロバート・W・ハミルトン著（山本光太郎訳）『アメリカ会社法』四六頁。もつとも、他の州

を選択すると費用がかかるし、会社はその営業の本拠地である州で州外会社としての資格を取得しなければならず、二つの課税当局の管轄下に置かれることになる。また、遠隔の州の提訴を余技なくされるので、今日では営業を主として行う州で会社を設立するのがほとんどである。

- (4) ハミルトン・前掲書(注3)二二頁。一部の論者は反対の説(race to the top thesis)を展開している。Gevurtz, Corporation Law, 2000, p. 42. ピント／プランソン・前掲書(注3)一六頁参照。
- (5) Model Business Corporation Act Annotated, 4th Edition, Volume 1, 2008, Introduction 参照。
- (6) ハミルトン・前掲書(注3)四五頁以下参照。設立の用語につきDGCILはformationを用い、RMBCAはincorporationを用いている。
- (7) ミルハウプト・前掲書(注3)一五九頁およびピント／プランソン・前掲書(注3)三一頁は、発起人と訳している。
- (8) ハミルトン・前掲書(注3)四七頁およびピント／プランソン・前掲書(注3)一二頁は設立者と訳している。
- (9) Cox & Hazen on Corporations, Second Edition Volume 1, 2003, §3.03.
- (10) 弁護士は、会社を代理して企業を設立するとは、弁護士倫理規定(Model Code of Professional Responsibility) DR5(1980)によって認められている(ピント／プランソン・前掲書(注3)二三頁)。現実には、多くの弁護士、その秘書や法律事務所職員が業務の一環として発起人を勤めているが、設立後の最初の取締役に就任することは辞退している(ハミルトン・前掲書(注3)四九頁)。
- (11) 基本定款の絶対的記載事項は、①会社の名前、②授権された株式発行数、③最初の登録事務所の住所および最初の登録代理人の名前、④発起人の名前および住所である(RMBCA §2.02(a))。デラウエア州の設立証書の絶対的記載事項は、①会社の名前、②登録事務所の住所および登録代理人の名前、③事業の性質または目的、④株式の種類が一種の場合には、発行総数および額面・無額面の別、種類が複数の場合には、株式総数、各種類の株式数、株式の内容・額面・無額面の別等、⑤発起人の名前および住所、⑥特定の場合には取締役に就任した議事録を起草しておくのが一般的で、第一回株主総会の議事録も同様である。ハミルトン・前掲書(注3)六二頁。
- (12) 実務では、弁護士が会議開催前に取締役に就任した議事録を起草しておくのが一般的で、第一回株主総会の議事録も同様である。ハミルトン・前掲書(注3)六二頁。
- (13) 今日では一〇州を除くすべての州で最低資本金制度を廃止している。ハミルトン・前掲書(注3)五八頁。Cox & Hazen, §3.10 [4].

一九六九年以前には、少なくとも一〇〇〇ドルが株式の発行のために払われるまでは、会社の事業取引は禁止され(旧五一

条)、基本定款はどのように規定されなければならない(旧四八条(g)、支払いがないのに取引が行われたときには、取締役は未払部分につき会社に対し責任を負うと規定されていた(旧四三(e))。これらの規定は一九六九年の改正で削除されている。Model Business Corporation Act Annotated Volume 2, 1971, §56 Comment.

- (14) 三人の発起人の要件は、伝統的要件に従ったものであった(Model Business Corporation Act Annotated, Vol. 2 Sections 43 to End, 1960, §47 comment)。自然人の要件は州法で普通要件であり、二一歳以上の要件は二三の州で定められた要件であった。一九六二年に改正された四七条は一九六九年に五三条に改められている(Model Business Corporation Act Annotated, Vol. 2 Sections 48 to End, 1971, §53 comment)。

- (15) Model Business Corporation Act Annotated, 4th Edition, Volume 1, 2008, §2.01 annotation 参照。

- (16) Seward and Naus, Basic Corporate Practice, 2nd ed., 1977, p. 53f.

- (17) マサチューセッツ州法(Mass. Gen. Laws Ann. ch. 156D, §2.01)は「会社による最初の株式の発行前に、発起人は株主のあらゆる権限を行使することができ、また法律、基本定款又は株主が選ぶであろう附属定款によって要求されるか又は許可される行為をすることできる」と規定している。

- (18) ピント／プランソン・前掲書(注3)三二頁。

- (19) ピント／プランソン・前掲書(注3)三六頁。

- (20) Model Business Corporation Act Annotated 4th Edition, Volume 1, 2008, §6.20 Official comment 参照。

- (21) ハミルトン・前掲書(注3)七三頁。

- (22) ミルハウプト・前掲書(注3)一五九頁。ハミルトン・前掲書(注3)七五頁は、設立企画者の主要な活動分野として、①資本金の調達、②開業準備行為(必要な資産と従業員確保、広告など)、③会社設立行為の三つを挙げている。

- (23) 株主候補者間の契約である会社設立前契約で定めた特定の義務を会社の設立後も存続させようとするときには、契約に特にその旨を規定すると、効力が認められるのが通例である(ハミルトン・前掲(注3)八九頁。株主間の契約(shareholder agreements)は、模範事業会社法の規定と一致しなくとも(例えば取締役会の削除、その権限の制限、株式所有数に比例しない配当など)、株主・会社間で有効とされている(RMBCA §7.32)。当該契約は、基本定款又は附属定款で示され、かつ同意の時に株主である全員によって承認されるか(RMBCA §7.32(b)(1))、同意の時に株主である全員が署名した書面で示され、会社に知らせるべきものとされている(RMBCA §7.32(b)(2))。同意がなされるときに、株式が発行されていない場合には、

發起人または株式引受人が、株主とみなされる (RMBCA §7.32(g))。

- (24) Robert A. Kessler に「典型的な設立企画者は、実際は典型的な小事業の所有者である。W. J. Rands, High Pressure Sales Tactics and Dead Trees: What to do with Promoter's Pre-Incorporation Contracts, in 4 Rutgers Business Law Journal 3, *50n 9. Rands の論文は Lexis Nexis からダウンロードしたものであるため原書の頁数を表記できない旨指摘しておく。

- (25) Rands, op. cit., Cox & Hazen, op. cit., §5.04 に「設立企画者の契約に基づいて会社の責任を発生させる理論は、①追認、②採択、③継続的申込の承認、④新契約の形成および⑤更改の五つである。

- (26) イギリスでは、会社成立前の契約の追認は不可能であると解されていた。Kelner v. Baxter, L. R. 2C, P. 174 (1866) など。アメリカの裁判所はイギリスの法理を採用しなかった。Cox & Hazen, op. cit., §5.05.

- (27) Cox & Hazen, op. cit., §5.06 に「初期の指導的なテキサス州判例には、設立企画者が締結した契約の利益を受け入れる (accepting the benefits of a contract) により、会社は必然的には採択したことにはならないとしたものがある。ピント／プランソン・前掲書 (注3) 四六頁注20によると、いくつかの法域では、黙認または利益の受諾テストのいずれかに基づいて、会社は、設立されたというだけで、会社設立に際して提供される弁護士業務に対して責任を負う。例えば、David v. Southern Import Wine Co. 171So. 180 (La. Ct. App. 1936) は、「弁護士サービスのサービスによって成立した会社は、設立前になされたからサービスは認められないということを開かない。・・・会社は受けた利益の価値に基づいて、換言すれば提供労務相当金額の請求 (quantum meruit) につきサービスの支払いを拒否することができない」。改正模範事業会社法によれば、会社は会社設立企画者に報酬を与えることが出来る (RMBCA §6.28)。

- (28) Cox & Hazen, op. cit., §5.08.

- (29) 会社成立後の承認を「採択」というべきか、「追認 (ratification)」というべきかについては議論がある。追認は、契約締結時の本人の存在を前提とするので (Gevurtz, op. cit., p. 45)、「追認は不適当という説 (Kessler, ハミルトン・前掲書 (注3) 八一頁) がある。Hamilton 教授はこの議論を紛らわしい (confusing) と呼び、裁判所は交換できるように使用していると指摘している。若干の判例は、採択と追認を区別しようとしている (採択は採択日に会社を拘束するが、追認は、設立企画者が締結した日に遡及する。Cox & Hazen, op. cit., p. 185) が、Rands は「議論をベダンティクと呼び、採択の方がよりよい用語であるとしている。

(30) 例え³¹ Stanley J. Howe & Assoc. v. Boss, 222 F. Supp. 936 (S. D. Iowa 1963)°。ホテルの設計契約書は「By: Edwin

A. Boss、債務者であろう設立予定のミネソタ会社の代理人」と記載されていた。原告が新会社の信用をあてにすることに同意したとしても、設立企画者は責任を負うと判示している。Ratner v. Central National Bank of Miami, 414 So. 2d 210 (Fla. 1982) は、「会社の後の設立と会社によるその後の採択又は追認は必然的には設立企画者の責任を免除しないうべ、更改または契約の相手方による明確な免除がなければ、設立企画者と会社の連帯責任に終わる」と判示している。Rands によると、ネブラスカ州は模範事業会社法の一九六九年版も一九八四年版の規制を採用しているの³²、Roland J. Santoni, Why Nebraska Should Adopt the Revised Business Corporation Act, 28 CREIGHTON L. REV. 149, 153 (1994) は、相手方が取引のときに会社が存在しないことを知っており、その後、会社が設立され、取引が採択されたときには、個人責任が設立企画者に課されない制定法を定めるべきとの立法論を展開しているとのことである。

(31) Cox & Hazen, op. cit., §5.010. 判例によっては、実在しない本人の代理人として行為する者は自動的に本人とみなされるとするものもある。不実表示は不法行為理論に基づくものであるが、このような理論は契約理論に基づくものである。ハミルトン・前掲書(注3)七七頁。

(32) Gevurtz, op. cit., p. 44, Cox & Hazen, op. cit., §5.03. 例え³³ Clifton v. TOB, 21 F. 2d 893 (4th Cir. 1927).

(33) O'Rourke v. Geary, 207 Pa. 240 (1903).

本件は、ペンシルバニア州最高裁判所一九〇三年一月九日の判決であるが、橋梁建築契約を締結したのは、上告人である Geary 個人なのか、それとも設立予定の会社なのか問題となった。最高裁判所は次のように述べて Geary の上告を棄却した。「当事者は、設立される会社のために行為するとき、もちろんその時に何かすることによって会社を拘束することができるが、(1)その者は、会社のために、会社が設立後承認されて、契約となる申込(an offer)を相手方から受けることができる。(2)会社が設立されたなら、会社がその者に代わり、その者は責任を免除されるという条項又は理解とともに、その時にその者を拘束する契約をすることができる。または(3)ただそれだけでその者を個人的に拘束し、設立されたときには、補償(indemnity)を設立される会社に期待することができる。本件では Geary は第三に達するように思われる。」

(34) Dore 裁判官は、DDS が、建築家、博士、法律家を含む高等教育を受けたグループの組合であることを指摘し、反対意見を表明している。

(35) Cox & Hazen, op. cit., §6.03 によると、事実上の会社の法理が適用される要件は、①法人の設立を認める制定法があり、②善意で当該制定法の要件に従おうと試み、③制定法の要件にもっともらしく(colorable)従い、④会社の権限の行使があり、

- (5) 会社があると主張し、会社として事業をしているときに善意であることである。(5)の要件を要求しないケースもある。
- (36) ここで禁反言とは、伝統的な意味でのエクイティ上の禁反言ではなく、論理のためでなく、望ましい結論に達するために使用する用語である。Cox & Hazen, op. cit., §6.12. ハミルトン・前掲書(注3) 八八頁。
- (37) Cox & Hazen, op. cit., §5.13. ミシガン州法 (Mic. Stat. Ann. §21.8 (1963)) 参照。
- (38) 事実上の会社の法理を最も辛らうに批判したのは、故 Alexander Frey 教授である。同教授は一九五〇年までに発生した二〇〇件以上の事実上の会社に関する判例を調査した結果、事実上の会社の法理は「おおくは訳のわからない言葉 (jargon) であり、放棄されるべきもの」と断定した。Cox & Hazen, op. cit., §6.11. Rands (4 Rutgers Bus. L. J. 3, *50 note 18) は、Beveridge 教授によって Frey 教授の論文は事実上の会社と禁反言の会社とを混同しているとコメントされた旨を指摘している。Rands は、混同の例として、事件が設立前契約なのに、上诉人である設立企画者がもっぱら有名な *Cantor* 事件をあてにし、裁判所により無分別 (ill-advised) であると指摘された例として *Wolfe v. Warfield*, 266Md. 621, 296A. 2d 158 を挙げている。
- (39) 事実上の会社概念は「よくみても不明瞭」で、その概念の廃止は「健全な結果」であるとし、法定の設立を取得する手続は単純且つ明瞭であるから、事実上の会社の法理を継続される理由はない」とする。Model Business Corporation Act Annotated, Volume 2, 1971, §146 Comment.
- (40) この見解はアメリカで一般的に受け入れられているように見える。ミルハウプト・前掲(注3) 一五九頁参照。
- (41) 提出ルールは、いくつかの点で会社の設立手続を単純化するものであるから、設立証書の発行時から提出時への変更は、重要な改正ではないとされている。Model Business Corporation Act Annotated, 1996, 2-40.
- (42) Model Business Corporation Act Annotated, 4th Edition, Volume 1, 2008, §2.04 Official comment (2008) ジャネット・ブランソン・前掲書(注3) 四四・四五頁。
- (43) 拙稿・前掲書(注1) 七頁。
- (44) 拙稿・前掲書(注1) 三頁以下、拙稿・前掲書(注2) 二四九頁以下参照。